

**JOR 2018/150, Gerechtshof Amsterdam, 22-03-2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1073,
200.228.620/01 OK (annotatie)**

| |
|--|
| Instantie: Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) |
| Datum uitspraak: 22-03-2018 |
| Publicatie: JOR 2018/150 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 6, 2018 |
| Annotator: <ul style="list-style-type: none"> • mr. D.-J.F.F.M. Duynstee |
| ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2018:1073 |
| Zaaknummer: 200.228.620/01 OK |
| Overige publicaties: <ul style="list-style-type: none"> • ECLI:NL:GHAMS:2018:1073 • ARO 2018/105 |
| Rechtsgebied: Ondernemingsrecht |
| Rubriek: Ondernemingsrecht |
| Rechters: <ul style="list-style-type: none"> • mr. Makkink • mr. Broekhuijsen-Molenaar • mr. Vink • prof. dr. Hoogendoorn RA • Wind |
| Partijen: M.A.C. van der Laan-Spruijt te Laren, verzoekster, advocaat: mr. J. Anema, tegen VDL Huizen Holding BV te Almere, verweerster, niet verschenen, en tegen 1. Van der Laan Distritech BV te Almere, niet verschenen, 2. N.C.M.J. van der Laan te Laren, advocaat: mr. E.R. Jonker, belanghebbenden. |
| Regelgeving: <ul style="list-style-type: none"> • BW Boek 2 - 349a lid 2, 2:350 lid 1 |

Inhoudsindicatie

Enquêteprocedure, Onttrekking van gelden voor privédoeleinden in strijd met belang van vennootschap, Impasse in bestuur en ava, Gegronde redenen om aan juist beleid en juiste gang van zaken te twijfelen, Onderzoek bevolen, Toewijzing van onmiddellijke voorzieningen: aanhouding aanwijzing onderzoeker en benoeming van zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegde bestuurder met beslissende stem en specifiek omschreven opdracht

Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Beslissing/besluit](#)
- [Noot](#)

Samenvatting

Van der Laan dient zich als bestuurder van VDL Huizen Holding te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. De onttrekkingen zijn in het licht van de zwakke vermogenspositie en het bestaande liquiditeitstekort strijdig met het belang van VDL Huizen Holding en Distritech en dienen slechts het privébelang van Van der Laan, dat in zoverre tegenstrijdig is aan het belang van VDL Huizen Holding en Distritech.

Partijen onderkennen dat de verhouding(en) tussen hen tot een impasse in het bestuur en in de algemene vergadering van aandeelhouders van VDL Huizen Holding hebben geleid. Zinvol overleg over het te voeren beleid vindt niet meer plaats en Van der Laan en Spruijt kunnen het niet eens worden over de te nemen noodzakelijke maatregelen. Als gevolg hiervan wordt onder meer de (mede in het kader van de aanstaande onderhandelingen met ABN Amro over de voortzetting van de kredietfaciliteit) benodigde besluitvorming over de aanpassing van het salaris, het stoppen van privéonttrekkingen en het terugdringen van de rekening-courantstand belet.

Een en ander levert gegronde redenen op om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van VDL Huizen Holding en de door haar gedreven onderneming. De OK beveelt derhalve een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van VDL Huizen Holding over de periode vanaf 1 januari 2016, dat zich met name richt op de onttrekkingen van gelden aan VDL Huizen Holding en Distritech voor privédoeleinden en het ontstaan en de omvang van de rekening-courantschuld van de bestuurders.

De OK acht het met het oog op de toestand van VDL Huizen Holding, ter doorbreking van de impasse in het bestuur en van VDL Huizen Holding, noodzakelijk om bij wijze van onmiddellijke voorziening een derde als bestuurder van VDL Huizen Holding te benoemen aan wie in het bestuur van VDL Huizen Holding – voor zover nodig in afwijking van de statuten – een beslissende stem toekomt en die zelfstandig bevoegd is VDL Huizen Holding te vertegenwoordigen. De bestuurder mag het onder andere tot zijn taak rekenen de nodige maatregelen te treffen ter zake van de aanpassing van het salaris, het stoppen van privéonttrekkingen en het terugdringen van de rekening-courantstand. De Ondernemingskamer ziet tevens aanleiding om bij wijze van voorlopige voorziening, in afwijking van art. 16 lid 4 van de statuten van VDL Huizen Holding te bepalen dat het salaris en de arbeidsvoorwaarden van Van der Laan en Spruijt afzonderlijk zullen worden vastgesteld door de te benoemen bestuurder.

De te benoemen bestuurder mag het bovendien tot zijn taak rekenen een minnelijke regeling tussen partijen te beproeven.

De OK zal de aanwijzing van een onderzoeker vooralsnog aanhouden opdat kan worden gezien of reeds door de te treffen onmiddellijke voorzieningen een oplossing van het geschil kan worden bereikt. Ieder der partijen of de door de OK benoemde bestuurder kan op elk moment de OK verzoeken de onderzoeker aan te wijzen.

Uitspraak

(...; red.)

2. De feiten

De Ondernemingskamer gaat uit van de volgende feiten:

2.1. VDL Huizen Holding is op 27 november 2001 opgericht. Van der Laan en Spruijt houden elk 50% van de aandelen in het geplaatste kapitaal van VDL Huizen Holding. Zij vormen samen het bestuur van VDL Huizen Holding en zijn als bestuurders ieder zelfstandig bevoegd VDL Huizen Holding te vertegenwoordigen.

2.2. VDL Huizen Holding is bestuurder en houdt alle aandelen in het geplaatste kapitaal van Distritech. Daarnaast houdt VDL Huizen Holding 50% van de aandelen in het geplaatste kapitaal van UES Glue Systems Netherlands B.V. (hierna: UES). VDL Huizen Holding en Distritech vormen een fiscale eenheid. VDL Huizen Holding publiceert een geconsolideerde jaarrekening.

2.3. VDL Huizen Holding is een houdstermaatschappij. Distritech drijft een onderneming die zich bezig houdt met het leveren van lijntoepassingen en lijmmachines. Bij Distritech zijn zeven werknemers werkzaam. In UES vinden niet of nauwelijks activiteiten plaats.

2.4. Ingevolge artikel 16 lid 4 van de statuten van VDL Huizen Holding worden het salaris en de arbeidsvoorwaarden voor iedere bestuurder afzonderlijk vastgesteld door de algemene vergadering van aandeelhouders. Van der Laan en Spruijt hebben ieder een arbeidsovereenkomst met VDL Huizen Holding. Het salaris van Van der Laan en Spruijt bedraagt in verband met de uiteenlopende omvang van hun werkzaamheden voor VDL Huizen Holding op dit moment respectievelijk € 12.300,= en € 2200,= bruto per maand.

2.5. Van der Laan en Spruijt zijn gehuwd. Sinds 15 september 2015 wonen zij feitelijk niet meer samen. Spruijt heeft op 3 januari 2017 bij de rechtbank een echtscheidingsverzoek ingediend. Dit verzoek heeft zij op 8 januari 2018 ingetrokken, waarna Van der Laan heeft aangekondigd een echtscheidingsverzoek te zullen indienen.

2.6. VDL Huizen Holding en Distritech hebben met ABN AMRO Bank N.V. (hierna: ABN Amro) kredietovereenkomsten gesloten waarvoor Van der Laan en Spruijt zich in privé borg hebben gesteld. VDL Huizen Holding en Distritech hebben vanaf 2008 tot en met 2014 verliezen geleden. Het netto groepsresultaat over 2015 bedroeg € 26.642,=, over 2016 € 40.817,= en, naar mededeling van Van der Laan ter zitting, over 2017 € 80.000,=. In 2014 bedroeg de in rekening-courant geboekte privéschuld van Van der Laan aan VDL Huizen Holding € 170.333,= en van Spruijt € 840,=. In 2015 bedroegen deze schulden respectievelijk € 179.847,= en € 4426,=. In de jaarrekening 2016 staat een gezamenlijke schuld in rekening-courant vermeld van € 191.693,=. De gezamenlijke rekening-courantschuld bedraagt volgens de voorlopige cijfers per einde 2017 € 225.474,=.

2.7. Vanaf 24 februari 2016 heeft Spruijt in aan Van der Laan gestuurde e-mails bezwaar gemaakt tegen door Van der Laan bij VDL Huizen Holding en Distritech in rekening gebrachte privékosten en andere onttrekkingen aan het vermogen van de vennootschappen, te weten:

- het declareren van een deels voor privédoeleinden gemaakte reis naar Finland;
- het declareren van een kilometervergoeding voor een door VDL Huizen Holding geleasede auto;
- het gebruik van een door VDL Huizen Holding geleasede auto door de vriendin van Van der Laan;
- het betalen van privéuitgaven van de bankrekening(en) van VDL Huizen Holding en Distritech.

2.8. Bij brief van 5 juli 2016 met als onderwerp: “Behandeling van uw krediet door de afdeling Bijzonder Beheer” heeft ABN Amro – voor zover van belang – het volgende geschreven aan VDL Huizen Holding c.s. (ter attentie van Van der Laan):

“(…) Om de volgende redenen vindt de bank de situatie zorgelijk:

- u heeft in 2013 en 2014 verlies gemaakt met een zwakke eigen vermogenspositie als gevolg;
- u komt uw verplichtingen tot aflossing van het krediet niet na en hebt daarmee op dit moment een debetstand van € 436.938,42 (bij een toegestane limiet in de rekening-courant faciliteit van € 292.500,=);
- de zekerheden die aan de bank zijn verstrekt, dekken uw schuld onvoldoende (...);
- te hoge privé onttrekkingen in rekening courant directie en een te hoge management fee;
- onduidelijkheid over het toekomstperspectief van uw onderneming.

(…)

U hebt ons gevraagd:

- de vervallen lening van € 168.000,= te herfinancieren
- het rekening-courant krediet tijdelijk te verhogen.

(...)

Wij zullen de limiet van het rekening courant krediet tijdelijk verhogen naar € 493.000,= tot 01-11-2016 om de vervallen lening van € 168.000,= op te vangen en om in een tijdelijke liquiditeitsbehoefte van € 32.500,= te voorzien. (...) Wij geven u hiermee de tijd om met een plan te komen ter aflossing van het krediet. Dit plan moet tenminste de volgende onderdelen bevatten:

- (...);
- structurele verlaging van de management fee (volgens u zal hiervoor het woonhuis te Laren verkocht moeten worden);
- verlaging van de werkkapitaal financiering naar € 125.000,=;
- verhoging van de omzet en het resultaat.

(...)

De bank zal de rente nu nog niet verhogen. De bank kan op ieder moment besluiten dat toch te doen. (...)"

2.9. In een e-mail van 28 november 2016 heeft Spruijt aan Van der Laan – voor zover van belang – het volgende geschreven:

"(...) Het dringt blijkbaar nog steeds niet tot je door dat we ons, zakelijk gezien, in een zeer penibele situatie bevinden, waar jij maar bitter weinig aan doet. (...) Mijn e-mails met vele vragen beantwoord je inhoudelijk niet. (...) Je weigert mij te informeren. Ik mag niet op de zaak komen. Mijn rol t.o.v. bewindvoering, 50% aandeelhouder kan ik totaal niet invullen door jouw eigenzinnige houding. (...) in mijn ogen pleeg je mismanagement en wanbeleid en zeg ik hierbij al mijn vertrouwen in je op. (...)"

2.10. In een e-mail van 9 juni 2017 heeft Spruijt aan ABN Amro – voor zover van belang – het volgende geschreven:

"(...) Zoals al eerder door mij vermeld (...) maak ik mij ernstig zorgen inzake de continuïteit van VDL Distritech B.V. en VDL Huizen Holding B.V. (...)"

- in april en mei is de omzet 33% en 17% gedaald, maand op maand;
- in beide maanden was het bedrijfsresultaat negatief (...)
- het bedrijf gaat weer slechter en heeft een negatieve cashflow, de crediteuren worden betaald uit het innen van de debiteuren en uitstellen van betalingen. (...)

Tevens blijft het gegeven dat er maandelijks uitstel gevraagd moet worden voor de OB en LB. Inmiddels is dit dusdanig opgelopen dat momenteel maart 2017 voldaan dient te worden aan de Belastingdienst, maar daar is dus geen geld voor. Voor april 2017 is de uitstel ook aangevraagd.

(...) ik stel het zeer op prijs dat jullie d.m.v. de wijzigingsovereenkomst de huidige kredietovereenkomst willen verlengen (...). Ik kan helaas alleen deze overeenkomst ondertekenen indien er met onmiddellijke ingang een 'twee handtekeningen systeem' wordt ingevoerd voor zowel opdrachten/verplichtingen aan derden, alsmede betalingen, ingevoerd bij de KvK en het betalingssysteem bij uw bank. (...)"

2.11. In een e-mail van 16 juni 2017 heeft Spruijt aan Van der Laan – voor zover van belang – het volgende

geschreven:

“(…) Dit 2 handtekeningen systeem is voor mij een voorwaarde die niet onderhandelbaar is!

Jij hebt het hier zelf naar gemaakt. Je blijft privé maar geld uit de zaak trekken;

– snoepreispjes naar Finland, Curaçao, München/Wenen

– laptop voor je vriendin,

– wekelijks 3x uit eten met je vriendin, bloemen, kado's

– privé leasebedrag Porsche € 403,= p/mnd. Van de Holding afschrijven!

– Km vergoeding van 0,60 cent etc. etc. terwijl jij bijna nooit klanten bezoekt zoals je zelf altijd rond vertelt. (...)

Zakelijke orders kunnen niet worden uitgeleverd omdat er geen geld is voor inkoop, personeel raakt overspannen, zijn elke maand bang dat ze hun salaris niet krijgen, belastingen worden te laat betaald met dikke boetes, en jij gaat maar door. (...)

Jij weigert aandeelhoudersvergaderingen bijeen te roepen en mij wordt de toegang tot de zaak geweigerd. (...) Ik ben nog steeds bestuurder, verantwoordelijk en borggever. Jij hebt dingen met mij te overleggen. (...)

2.12. Op 19 juni 2017 hebben Van der Laan en Spruijt, in overleg met ABN Amro, een overeenkomst ondertekend waarbij is afgesproken dat met ingang van diezelfde dag “geen enkele betaling meer (wordt) ingevoerd, aan de afdeling Bijzonder Beheer van ABNAmro zonder accoord bevinding, d.m.v. een handtekening van beide aandeelhouders (...)”.

2.13. Nadien is op 20 juni 2017 en 30 oktober 2017 tussen Van der Laan en Spruijt opnieuw gecorrespondeerd over de hoogte van door Van der Laan ingediende declaraties voor kilometervergoedingen alsmede bij VDL Huizen Holding en Distritech in rekening gebracht privékosten voor schilderwerk aan de privéwoning, belastingaanslagen en advocaatkosten.

2.14. Op een historisch overzicht van crediteuren van Distritech van 10 november 2017 staat dat Distritech op 21 september 2017, 6 oktober 2017, 13 oktober 2017 en 8 november 2017 betalingen heeft verricht op facturen van de firma Kletti, waarbij respectievelijk drie keer € 2000,= en één keer € 900,= méér is voldaan dan het op de desbetreffende factuur vermelde bedrag. Het verschil is door Kletti aan Van der Laan in privé uitbetaald.

2.15. Van der Laan heeft twee bonnen van restaurant d'Oude Tak bij VDL Huizen Holding of Distritech gedeclareerd waarvan de restauranthouder in een verklaring van 20 november 2017 schrijft dat deze niet door hem zijn uitgeschreven en bovendien betrekking hebben op een door hem niet verhuurde zaal en een niet bestaand tafelnummer.

2.16. Op 18 december 2017 heeft Van der Laan een betaalopdracht getekend voor een betaling aan Kletti van € 1114,= ter zake van een factuur voor een bedrag van € 411,= en daarbij aan Spruijt geschreven: “Svp ook Kletti betalen en niet zo moeilijk doen een x”.

2.17. In een e-mail van 21 december 2017 heeft R. Vos van ABN Amro aan Van der Laan en Spruijt – voor zover van belang – het volgende geschreven:

“(…) Ik heb het verzoek ingediend om nog éénmaal voor 3 maanden de Rekening-Courant faciliteit op het huidige niveau (€ 433k) te continueren. Hierbij stellen wij wel een aantal voorwaarden:

– De rekening-courant directie mag in 2018 niet verder oplopen;

- U moet uw management-fee/salaris aanpassen aan de rentabiliteit van uw onderneming;
- De bank zal de huidige rekening-courant faciliteit na 31 maart 2018 niet ongewijzigd voortzetten. Vanaf dat moment zult u een passende reductieregeling met ons overeen moeten komen.

Graag zien wij na 31-03 een meer duurzame voortzetting en afbouw van de financiering. (...) Het lijkt ons raadzaam eind februari een afspraak te plannen. (...)"

2.18. In een e-mail van 10 januari 2018 heeft Spruijt aan Van der Laan – voor zover van belang – het volgende geschreven:

"(...) 3041 km rij jij niet per maand dat weten we allemaal!!! Deze km. vergoedingen zijn gewoon een 'verkap't' inkomen. (...) Ik kan en wil dit niet meer accorderen. (...)"

3. De gronden van de beslissing

3.1. Spruijt heeft aan haar verzoek ten grondslag gelegd dat er gegronde redenen zijn voor twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van VDL Huizen Holding en dat gelet op de toestand van de vennootschap onmiddellijke voorzieningen dienen te worden getroffen. Ter toelichting heeft zij tegen de achtergrond van de hiervoor genoemde feiten – kort samengevat – naar voren gebracht dat Van der Laan de belangen van VDL Huizen Holding schaadt door stelselmatig geld aan VDL Huizen Holding en Distritech te onttrekken voor privédoeleinden, waardoor er een zwakke vermogenspositie is ontstaan en er betalingsachterstanden zijn bij crediteuren en de bank. Er is een onaanvaardbare verstengeling van belangen ten aanzien van Van der Laan in privé en Van der Laan als bestuurder van VDL Huizen Holding en als indirect bestuurder van Distritech. Ondanks herhaalde verzoeken negeert Van der Laan Spruijt als medebestuurster en 50% aandeelhoudster. Zo weigert Van der Laan aandeelhoudersvergaderingen te houden en heeft hij Spruijt de toegang tot VDL Huizen Holding geweigerd. De ontstane impasse in de besluitvorming op alle niveaus binnen VDL Huizen Holding en het handelen van Van der Laan vormen een reële bedreiging voor de continuïteit van de door VDL Huizen Holding en Distritech gedreven onderneming. Aan de door de bank geëiste maatregelen, zoals het terugbrengen van het salaris en de rekening-courantschuld aan de vennootschap, wordt door Van der Laan niet voldaan. Teneinde de impasse in de besluitvorming binnen VDL Huizen Holding te doorbreken en een einde te maken aan de onttrekkingen verzoekt Spruijt de verzochte voorlopige voorzieningen te treffen.

3.2. Van der Laan heeft verweer gevoerd. De Ondernemingskamer zal waar nodig op dit verweer ingaan.

3.3. Van der Laan heeft aangevoerd dat Spruijt niet-ontvankelijk is in haar verzoek omdat zij heeft nagelaten tijdig haar bezwaren vooraf schriftelijk aan het bestuur van VDL Huizen Holding kenbaar te maken. De Ondernemingskamer verwerpt dit verweer omdat het slechts door de verwerende vennootschap kan worden aangevoerd en VDL Huizen Holding niet in de procedure is verschenen. Ook overigens is er geen grond aangevoerd die tot niet-ontvankelijkheid moet leiden van Spruijt in haar verzoek.

3.4. De Ondernemingskamer overweegt dat uit de hiervoor onder 2. genoemde feiten blijkt dat Van der Laan privéuitgaven door VDL Huizen Holding en Distritech heeft laten betalen met als gevolg dat – zoals ook Van der Laan onderkent – de rekening-courantschuld aan VDL Huizen Holding onaanvaardbaar hoog is opgelopen en betalingsachterstanden aan de bank en de belastingdienst zijn ontstaan. Aannemelijk is dat Van der Laan ook na invoering van het tweehandtekeningensysteem en in weerwil van het bestaande liquiditeitstekort, geld aan VDL Huizen Holding en Distritech is blijven onttrekken door hoge declaraties voor kilometervergoedingen en kennelijk valselijk opgemaakte restaurantbonnen in te dienen en door Distritech ten onrechte aan Kletti betaalde factuurbedragen in privé aan zich te laten terugbetalen. Van der Laan heeft een en ander inhoudelijk niet bestreden, maar met name aangevoerd dat de onttrekkingen voor privéuitgaven in feite een voortzetting zijn van een sinds jaar en dag bestaande praktijk, waartegen Spruijt vóór het ontstaan van de huwelijksproblemen nooit bezwaar heeft gemaakt. Dit kan niet slagen. Van der Laan dient zich als bestuurder van VDL Huizen Holding te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. De onttrekkingen zijn in het licht van de zwakke vermogenspositie en het bestaande liquiditeitstekort strijdig met het belang van VDL Huizen Holding en Distritech, maar dienen slechts het privébelang van Van der Laan dat in zoverre tegenstrijdig is aan het belang van VDL Huizen Holding

en Distritech.

3.5. Verder is van belang dat ABN Amro vanaf 2016 en laatstelijk nog in december 2017 als voorwaarde voor de voortzetting van de voor de onderneming noodzakelijke kredietfaciliteit heeft geëist dat er een einde zou komen aan de onttrekking van gelden voor privédoeleinden, dat de rekening-courantschuld van de bestuurders aan de vennootschappen zou worden teruggebracht en dat het salaris zou worden verlaagd. Desondanks blijkt dat Van der Laan geen einde heeft gemaakt aan de privéonttrekkingen, waardoor de rekening-courantschuld verder is opgelopen terwijl het salaris van de bestuurder ook na de verkoop van de privéwoning (zie rov. 2.8) niet is bijgesteld.

3.6. Partijen onderkennen dat de verhouding(en) tussen hen tot een impasse in het bestuur en in de algemene vergadering van aandeelhouders van VDL Huizen Holding hebben geleid. Zinvol overleg over het te voeren beleid vindt niet meer plaats en Van der Laan en Spruijt kunnen het niet eens worden over de te nemen noodzakelijke maatregelen. Als gevolg hiervan wordt onder meer de (mede in het kader van de aanstaande onderhandelingen met ABN Amro over de voortzetting van de kredietfaciliteit) benodigde besluitvorming over de aanpassing van het salaris, het stoppen van privéonttrekkingen en het terugdringen van de rekening-courantstand belet.

3.7. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer levert het voorgaande gegronde redenen op om te twifelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van VDL Huizen Holding en de door haar gedreven onderneming. De Ondernemingskamer zal een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van VDL Huizen Holding bevelen over de periode vanaf 1 januari 2016, dat zich met name richt op de onttrekkingen van gelden aan VDL Huizen Holding en Distritech voor privédoeleinden en het ontstaan en de omvang van de rekening-courantschuld van de bestuurders.

3.8. De Ondernemingskamer acht het met het oog op de toestand van VDL Huizen Holding, ter doorbreking van de impasse in het bestuur en van VDL Huizen Holding, noodzakelijk om bij wijze van onmiddellijke voorziening een derde als bestuurder van VDL Huizen Holding te benoemen aan wie in het bestuur van VDL Huizen Holding – voor zover nodig in afwijking van de statuten – een beslissende stem toekomt en die zelfstandig bevoegd is VDL Huizen Holding te vertegenwoordigen. De bestuurder mag het onder andere tot zijn taak rekenen de nodige maatregelen te treffen ter zake van de aanpassing van het salaris, het stoppen van privéonttrekkingen en het terugdringen van de rekening-courantstand. De Ondernemingskamer ziet tevens aanleiding om bij wijze van voorlopige voorziening, in afwijking van artikel 16 lid 4 van de statuten van VDL Huizen Holding te bepalen dat het salaris en de arbeidsvoorwaarden van Van der Laan en Spruijt afzonderlijk zullen worden vastgesteld door de te benoemen bestuurder.

3.9. De te benoemen bestuurder mag het bovendien tot zijn taak rekenen een minnelijke regeling tussen partijen te beproeven.

3.10. De Ondernemingskamer zal de aanwijzing van een onderzoeker vooralsnog aanhouden opdat kan worden gezien of reeds door de te treffen onmiddellijke voorzieningen een oplossing van het geschil kan worden bereikt. Ieder der partijen of de door de Ondernemingskamer benoemde bestuurder kan op elk moment de Ondernemingskamer verzoeken de onderzoeker aan te wijzen.

3.11. Voor het treffen van andere onmiddellijke voorzieningen ziet de Ondernemingskamer vooralsnog geen aanleiding.

3.12. De Ondernemingskamer zal Van der Laan als de in het ongelijk gesteld partij veroordelen in de kosten van het geding zoals hierna te vermelden.

4. De beslissing

De Ondernemingskamer:

beveelt een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van VDL Huizen Holding B.V. over de periode vanaf 1 januari 2016 zoals omschreven in rechtsoverweging 3.7 van deze beschikking;

houdt de beslissing omtrent de aanwijzing van de onderzoeker vooralsnog aan;

stelt het bedrag dat het onderzoek ten hoogste mag kosten vast op € 25.000,=, de verschuldigde omzetbelasting daarin niet begrepen;

bepaalt dat de kosten van het onderzoek ten laste komen van VDL Huizen Holding B.V. en dat zij voor de betaling daarvan ten genoegen van de onderzoeker voor de aanvang van diens werkzaamheden zekerheid dient te stellen;

benoemt mr. A.W.H. Vink tot raadsheer-commissaris, zoals bedoeld in artikel 2:350 lid 4 BW;

benoemt bij wijze van onmiddellijke voorziening met onmiddellijke ingang en vooralsnog voor de duur van het geding – voor zover nodig in afwijking van de statuten – een nader aan te wijzen en aan partijen bekend te maken persoon tot bestuurder van VDL Huizen Holding B.V. met beslissende stem en bepaalt dat deze bestuurder zelfstandig bevoegd is VDL Huizen Holding B.V. te vertegenwoordigen en dat zonder deze bestuurder VDL Huizen Holding B.V. niet vertegenwoordigd kan worden en dat het salaris en de arbeidsvoorwaarden van de beide andere bestuurders van VDL Huizen Holding afzonderlijk door deze bestuurder zullen worden vastgesteld;

bepaalt dat het salaris en de kosten van de bestuurder ten laste komen van VDL Huizen Holding B.V. en bepaalt dat VDL Huizen Holding B.V. voor de betaling daarvan ten genoegen van de bestuurder zekerheid dient te stellen vóór de aanvang van diens werkzaamheden;

veroordeelt Van der Laan in de kosten van het geding (...; *red.*);

wijst af hetgeen meer of anders is verzocht;

verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad.

Noot

1. In onderhavige zaak doet zich een impasse voor tussen de twee bestuurders van de rechtspersoon VDL Huizen Holding BV. Beide bestuurders zijn ook ieder 50%-aandeelhouder. De bestuurders zijn gehuwd, maar willen van elkaar scheiden.
2. Naast de huwelijkspierikelen, gaat het ook niet goed met de vennootschap en haar dochterondernemingen. De vennootschap bevindt zich in een zwakke vermogenspositie en kampt met een forse betalingsachterstand bij de Belastingdienst en ABN Amro Bank NV. ABN Amro heeft eerder een krediet verstrekt, dat sinds juli 2016 wordt behandeld door de afdeling bijzonder beheer.
3. De bank uit een aantal zorgen waaronder de aanhoudende verliezen, de zwakke vermogenspositie, het niet aflossen van het krediet, de debetstand van € 436.938,42, te hoge privéonttrekkingen in rekening-courant, te hoge management fees of salarissen en onduidelijkheid over het toekomstperspectief van de onderneming.
4. De vrouw deelt deze zorgen en maakt bezwaar tegen door de man gemaakte privékosten die hij bij de vennootschap in rekening heeft gebracht. Die zien onder andere op het declareren van privéreizen. Daarbij negeert de man zijn vrouw als medebestuurster en 50%-aandeelhouder. Zo weigert hij aandeelhoudersvergaderingen te houden en heeft hij haar de toegang tot de vennootschap ontzegd.
5. Om aan de hierboven beschreven situatie een einde te maken, start de vrouw een enquêteprocedure. Het wekt geen verbazing dat de OK op basis van dit feitencomplex tot het oordeel komt dat er gegronde redenen zijn om te twifelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken. Al met al een juridisch bezien een “rechttoe-rechtaan” enquêtezaak met een logische en juiste uitspraak. Wat de beschikking interessant maakt, zijn de getroffen onmiddellijke voorzieningen.
6. Om de impasse in het bestuur te doorbreken, benoemt de OK bij wijze van onmiddellijke voorziening een derde bestuurder met een beslissende stem. Ook dat is niet opzienbarend maar interessant is wel de aanwijzing die de OK de bestuurder in deze zaak meegeeft: “[D]e bestuurder mag het onder andere tot zijn taak rekenen de nodige

maatregelen te treffen ter zake van de aanpassing van het salaris, het stoppen van privéonttrekkingen en het terugdringen van de rekening-courantstand. De Ondernemingskamer ziet tevens aanleiding om bij wijze van voorlopige voorziening, in afwijking van artikel 16 lid 4 van de statuten van VDL Huizen Holding te bepalen dat het salaris en de arbeidsvoorwaarden van [de man] en [de vrouw] afzonderlijk zullen worden vastgesteld door de te benoemen bestuurder.”

7. De OK geeft in het algemeen geen concrete instructies aan OK-functionarissen om bepaalde besluiten wel of niet te nemen. De reden hiervoor is dat de OK-functionaris zelfstandig opereert en een concrete instructie daarmee strijdig is. Dit noemt men wel het instructieverbod. Zie onder meer OK 30 oktober 2013 (r.o. 3.26), **«JOR» 2013/337**, m.nt. Josephus Jitta (*Novero*); OK 11 december 2013 (r.o. 3.1), **«JOR» 2014/36**, m.nt. Josephus Jitta (*Jeemer en Meromi*); HR 11 juli 2014 (r.o. 3.3), **«JOR» 2014/263** (*Novero*) en praktijktip 1.5.1 van de door Stichting Rimari opgestelde Praktijktips voor OK-bestuurders.

8. De OK geeft vaak wel algemene suggesties mee aan de OK-bestuurders. Deze suggesties zijn doorgaans ruim en tamelijk vrijblijvend geformuleerd met zinsneden als “kan bezien” of “mag tot zijn of haar taak rekenen”. Een algemene suggestie die men vrijwel standaard ziet terugkomen in de beschikkingen van de OK is die bij de overweging dat de bestuurder ook een minnelijke regeling tussen partijen mag beproeven (zo ook in deze beschikking, zie r.o. 3.9). Een onderdeel kan zijn dat de OK-bestuurder het ook tot zijn taak mag rekenen te onderzoeken om de aandeelhouders te ontmechten (zie onder meer OK 18 januari 2013, *ARO* 2013/27 en OK 13 september 2012, *ARO* 2012/135).

9. In deze zaak geeft de OK echter meer dan een algemene (schikkings)suggestie mee. Het betreft hier eerder een aanwijzing aan de tijdelijke bestuurder, waarin doorklinkt dat de OK-bestuurder de salarissen moet aanpassen, de privéonttrekkingen moet stoppen en de rekening-courantschuld moet terugdringen.

10. Een vergelijkbare aanwijzing werd door de OK eerder gegeven in de beschikking inzake Aptitude (OK 13 november 2017, *ARO* 2018/35). De OK overweegt dat de tijdelijke bestuurder: “kan bezien op welke wijze behoort te worden voorzien in het bestuur van [een buitenlandse dochtervennootschap, toevoeging DJD] en in welke mate Rojanets [één van de procespartijen, toevoeging DJD] weer bij de bedrijfsvoering betrokken dient te worden”. Omdat over het ontslag van Rojanets door de OK wordt overwogen dat dit ontoelaatbaar was, komt dit over als meer dan een vrijblijvende suggestie van de OK aan de OK-bestuurder.

11. Ook in de Fortuna-beschikking (**«JOR» 2017/163**, m.nt. Josephus Jitta) komt de OK met een duidelijke aanwijzing bij de benoeming van een commissaris bij Fortuna Entertainment Group NV en bepaalt “dat deze commissaris exclusief bevoegd is te beslissen over de aard, omvang, inhoud en timing van de door Fortuna Entertainment Group N.V. aan haar aandeelhouders te verstrekken informatie met het oog op de door de algemene vergadering te verlenen goedkeuring aan de Transactie en dat de taak van deze commissaris uitsluitend gelegen zal zijn in het uitoefenen van deze bevoegdheid”. Het betreft hier een overweging die naar mijn mening zelfs mogelijk meer dan een aanwijzing behelst, omdat de OK een expliciete (beperkte) taakomschrijving voor de OK-commissaris bepaalt. Voor de volledigheid merk ik op dat ik betrokken was bij deze procedure.

12. Ten slotte gaf de OK recent een beschikking betreffende Sturio (OK 26 april 2018, **ECLI:NL:GHAMS:2018:1587**) die qua feiten en overwegingen grote gelijkenissen vertoont met de onderhavige zaak. Zie ook de vergelijkbare aanwijzing aan de OK-bestuurder: “De bestuurder mag het onder andere tot zijn taak rekenen de nodige maatregelen te treffen ter zake van de effectuering van door LSM [minderheidsdeelneming van Sturio, toevoeging DJD] verstrekte zekerheden, de aan [B, enig bestuurder van Sturio – toevoeging DJD] in privé verstrekte geldlening, de opheldering van de kwestie met betrekking tot de receptuur, alsmede ter zake van het doen vaststellen van de jaarrekeningen 2015 en 2016 en het dividendbeleid.”

13. Wellicht is het te vroeg om op basis van deze vier beschikkingen van een trend te spreken, maar het is opvallend dat de OK in deze vier recente beschikkingen meer sturing en reliëf geeft dan de standaardsuggesties omtrent het onderzoeken van een minnelijke regeling en meer concrete aanwijzingen geeft aan de OK-bestuurder.

14. Naar mijn mening zijn deze aanwijzingen een positieve ontwikkeling, omdat ze richting geven voor partijen en zeker voor de OK-bestuurder. De tijdelijke bestuurder wordt gearacheteerd in een contentieuze situatie waar in de regel

snel geschakeld zal moeten worden, en met deze suggesties krijgt hij alvast enige houvast en richting. Zo voorziet de OK kennelijk in een wens van OK-bestuurders die aangeven behoefte te hebben aan een praktische handreiking over hoe zij hun tijdelijke bestuurstaken dienen uit te oefenen. Ik verwijs naar de genoemde praktijktips en dan in het bijzonder naar paragraaf 1.1.1 (“Gebleken is dat er bij OK-bestuurders behoefte bestaat aan een praktische handreiking voor de uitvoering van deze specifieke bestuurstaak.”).

15. Een bezwaar dat genoemd wordt tegen deze aanwijzingen is dat deze in strijd zijn met het hiervoor genoemde instructieverbod dan wel de beweegruimte van de OK-bestuurders zou beknotten. Ik deel die bezwaren niet. De formuleringen van de OK geven in de regel meer dan genoeg ruimte om niet ten koste te gaan van de bestuursautonomie van de OK-bestuurder. Indien de aanwijzingen onwerkbaar zijn of de OK-bestuurder in de loop van zijn benoeming erachter komt dat de vork naar zijn mening toch echt anders in de steel zit, heeft hij – in principe – voldoende ruimte zijn eigen koers te varen als onafhankelijke bestuurder. Hij of zij is en blijft uiteindelijk verantwoordelijk voor zijn of haar besluiten en zal daarover ook verantwoording over moeten en kunnen afleggen.

mr. D.-J.F.F.M. Duynstee, advocaat bij Clifford Chance LLP te Amsterdam
